

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB110007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Beschluss vom 3. März 2011

in Sachen

A. \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

B. \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen einen Beschluss der II. Abteilung des Bezirksgerichtes  
Horgen vom 20. Januar 2011; Proz. CG100054**

### **Rechtsbegehren:**

"Der Kläger sei zur Zahlung von Fr. 110'000.-- nebst 5% Zins seit 1. November 2009 zu verpflichten"

(act. 6/2/1 i.V.m. act. 6/2/5, sinngemäss)

### **Angepasstes Rechtsbegehren/Prozessualer Antrag:**

1. Es sei von der Einzahlung der Prozesskaution Vormerk zu nehmen.
2. Es sei der Prozess an das Bezirksgericht Zürich zur Weiterführung zu überweisen.
3. Es sei das Rechtsbegehren in der Überweisungsverfügung wie folgt zu formulieren:  
Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 100'000.00 nebst Zins zu 10 % seit 1.11.2009 zu bezahlen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten."

(act. 6/2/18 S. 2)

### **Beschluss des Bezirksgerichtes Horgen vom 20. Januar 2011:**

1. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger per 11. Januar 2011 bei der Kasse des Bezirksgerichtes Horgen die ihm auferlegte Kautionsleistung von Fr. 8'000.– innert angesetzter Frist leistete.
2. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger innert angesetzter Frist einen Prozessvertreter bestellte und dem Bezirksgericht Horgen eine rechtsgenügende Prozessvollmacht einreichte.
3. Auf das Verfahren wird nicht eingetreten.
4. Das Verfahren wird an das Bezirksgericht Zürich überwiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'525.– festgesetzt.
6. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt. Sie werden aus der vom Kläger geleisteten Kautionsleistung bezogen.
7. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
8. Die nach Abzug der Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 5 verbleibende Kautionsleistung wird an die Kasse des Bezirksgerichtes Zürich überwiesen.
9. Schriftliche Mitteilung
  - an die Parteien je gegen Empfangschein
  - an die Gerichtskasse des Bezirksgerichtes Horgen
  - mit den Akten an das Bezirksgericht Zürich.

(act. 3/1 = act. 6/1)

### **Berufungsanträge:**

Des Beklagten (Berufungskläger bzw. Beschwerdeführer):

#### **Hauptantrag:**

Die Berufung gegen Disp. Ziff 2, 4 und 7 des angefochtenen Entscheids sei gutzuheissen im Sinne, dass a) die Prozessvollmacht des Klägers als rechtsungültig qualifiziert (Ziff. 2), b) auf die Klage deshalb nicht eingetreten (Ziff. 4) sowie c) dem Beklagten eine angemessenen Prozessentschädigung ausgerichtet wird (Ziff. 7);

eventuell seien Disp. Ziff. 2, 4 und 7 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen;

#### **Eventualantrag:**

Die Beschwerde gegen Disp. Ziff 2, 4 und 7 des angefochtenen Entscheids sei gutzuheissen im Sinne, dass a) die Prozessvollmacht des Klägers als rechtsungültig qualifiziert (Ziff. 2), b) auf die Klage deshalb nicht eingetreten (Ziff. 4) sowie c) dem Beklagten eine angemessenen Prozessentschädigung ausgerichtet wird (Ziff. 7);

eventuell seien Disp. Ziff. 2, 4 und 7 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Dem Beklagten sei für das vorinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers -

(act. 2 S. 2)

Des Klägers (Berufungsbeklagter bzw. Beschwerdegegner):

Keine

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Mit Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes Z. \_\_\_\_\_ vom 3. November 2010 machte der Kläger am 8. November 2010 beim Bezirksgericht Horgen eine Klage auf Zahlung eines Betrages von Fr. 110'000.-- nebst 5 % Zins seit 1. November 2009 anhängig (act. 6/2/1). Der Klage liegt ein Darlehensvertrag zwischen den Parteien zugrunde (act. 6/2/4/1). Der Kläger leistete fristgemäss die eingeforderte Kautions von Fr. 8'000.-- (act. 6/2/15) und zog zur Prozessführung aufforderungsgemäss (act. 6/2/7) einen Rechtsvertreter bei, welcher seine Voll-

macht sowie die dazugehörigen Beglaubigungen und Übersetzungen einreichte (act. 6/2/18 und 6/2/19/1-5). Der Rechtsvertreter stellte zudem folgende Begehren (act. 6/2/18 S. 2):

- "1. Es sei von der Einzahlung der Prozesskaution Vormerk zu nehmen.
2. Es sei der Prozess an das Bezirksgericht Zürich zur Weiterführung zu überweisen.
3. Es sei das Rechtsbegehren in der Überweisungsverfügung wie folgt zu formulieren:  
Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 100'000.00 nebst Zins zu 10 % seit 1.11.2009 zu bezahlen. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus Mehrwertsteuer) zulasten des Beklagten."

Mit Beschluss vom 20. Januar 2011 nahm das Bezirksgericht Horgen davon Vormerk, dass der Kläger innert angesetzter Frist per 11. Januar 2011 bei der Kasse des Bezirksgerichts Horgen die ihm auferlegte Kautions von Fr. 8'000.-- geleistet sowie einen Prozessvertreter bestellt und eine rechtsgenügende Vollmacht eingereicht habe. Ferner trat das Gericht auf das Verfahren nicht ein und überwies dieses an das Bezirksgericht Zürich. Die Kosten wurden dem Kläger auferlegt und aus der von ihm geleisteten Kautions bezogen. Eine Prozessentschädigung wurde nicht zugesprochen. Zudem überwies das Gericht die nach Abzug der Kosten verbleibende Kautions an die Kasse des Bezirksgerichts Zürich (act. 3/1 = act. 6/1).

1.2. Dieser Beschluss wurde dem Beklagten am 25. Januar 2011 zugestellt (act. 6/2/22/2). Mit Eingabe vom 4. Februar 2011 erhob er beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung, eventuell Beschwerde mit den eingangs genannten Begehren (act. 2). Nach Beizug der Akten beim Bezirksgericht Zürich (act. 4) wurde dem Beklagten mit Beschluss vom 16. Februar 2011 Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'050.-- angesetzt (act. 7), welcher fristgemäss geleistet wurde (act. 8 und 9). Da die Berufung, evt. Beschwerde offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erscheint, ist auf die Einholung einer Berufungs-/Beschwerdeantwort zu verzichten (Art. 312 Abs. 1 ZPO, Art. 322 Abs. 1 ZPO).

## 2. Anwendbares Verfahrensrecht

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorliegende Verfahren wurde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes bei der Vorinstanz anhängig gemacht, weshalb sich ihr Verfahren nach den bisherigen Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) richtete. Für die gegen ihren Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorliegend angefochtene Beschluss vom 20. Januar 2011 wurde dem Beklagten am 25. Januar 2011 zugestellt (act. 6/2/22/2). Das vorliegende Rechtsmittelverfahren unterliegt demgemäss den Bestimmungen der ZPO und des neuen kantonalen Ausführungsgesetzes (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 = GOG).

## 3. Zulässiges Rechtsmittel

3.1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 20. Januar 2011 enthält keine Rechtsmittelbelehrung. Das Gericht hält dafür, die Überweisung des Verfahrens erfolge auf Antrag des Klägers ohne kontradiktorisches Verfahren. Sie habe blossen prozessleitenden Charakter, auch wenn das hiesige Verfahren abgeschrieben werde. Es sei daher kein ordentliches Rechtsmittel gegeben (act. 3/1 S. 5).

3.2. Das Gesetz verlangt, dass jeder Entscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen wird (Art. 238 lit. f ZPO), handle es sich dabei um ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel. Die Vorinstanz verkennt, dass sie nicht nur eine Prozessüberweisung vorgenommen hat, sondern auf das Verfahren (das heisst die Klage) nicht eingetreten ist. Schon nach bisherigem Recht wäre dafür das Rechtsmittel des Rekurses gegeben gewesen (§ 271 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, § 271 N 14 f.). Nach neuem Recht ist jeder erstinstanzliche Entscheid der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit (Sach- oder

Nichteintretensentscheid) grundsätzlich berufungsfähig, wobei es sich um einen End- oder Zwischenentscheid handeln kann (Art. 308 Abs. 1 ZPO; KUKO ZPO-Brunner, Art. 308 N 1). Endentscheide sind "Entscheide, die das Verfahren abschliessen" ( Art. 90 BGG). Darunter fallen Sachentscheide, mit denen über den eingeklagten Anspruch entschieden wird, und prozessuale Endentscheide, mit denen infolge fehlender Prozessvoraussetzung (namentlich die Zuständigkeit) auf die Klage nicht eingetreten wird (KUKO ZPO-Nägeli, Art. 236 N2 ff.; Blickensdorfer, Dike-Kommentar, Art. 308 N 124 [online-Stand 4. November 2010]). Beim vorliegend in Frage stehenden Streitwert von Fr. 110'000.-- ist damit gegen den Nichteintretensentscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Andere Entscheide unterliegen nach Massgabe von Art. 319 ZPO der Beschwerde. Nachdem der Beklagte innert einer Frist von 10 Tagen sowohl Berufung als eventuell auch Beschwerde gegen den Beschluss vom 20. Januar 2011 erhoben hat, bleibt die unterlassene Rechtsmittelbelehrung indes ohne Nachteil.

3.3. Das Rechtsmittel des Beklagten richtet sich gegen die Disp. Ziff. 2, 4 und 7 des angefochtenen Entscheides, mithin die Vormerknahme, dass der Kläger innert angesetzter Frist einen Prozessvertreter bestellt und dem Bezirksgericht Horgen eine rechtsgenügende Prozessvollmacht eingereicht hat (Ziff. 2), die Überweisung des Verfahrens an das Bezirksgericht Zürich (Ziff. 4), sowie die unterbliebene Zusprechung einer Prozessentschädigung (Ziff. 7). Gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO hemmt die Berufung die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge. Die Beschwerde hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht, soweit, wie vorliegend, kein anderer Prozessantrag gestellt wurde (Art. 325 ZPO). Soweit der Beschluss vom 20. Januar 2011 unangefochten geblieben ist (Ziff. 1, 3, 5 und 6), ist er damit auf jeden Fall in Rechtskraft erwachsen. Davon ist Vormerk zu nehmen.

3.4. Was die Vormerknahme der Bestellung eines Prozessvertreters sowie der Einreichung einer rechtsgenügenden Vollmacht (Disp. Ziff. 2) sowie die Prozessüberweisung (Disp. Ziff. 4) betrifft, handelt es sich dabei - wenn überhaupt, was die Vormerknahme betrifft - um sog. prozessleitende Entscheide der Vorinstanz.

Solche sind mittels Beschwerde anfechtbar, allerdings einzig in den vom Gesetz bestimmten Fällen, bzw. wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b ZPO). Schon nach bisherigem Recht konnten solche Entscheide lediglich unter dem Gesichtspunkt eines prozessleitenden Entscheides (§ 282 ZPO/ZH) mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, § 112 N 12). An den erforderlichen Anfechtungsvoraussetzungen fehlt es vorliegend. In Frage käme einzig ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, der aber weder geltend gemacht noch ersichtlich ist. Die Vormerknahme, dass der Kläger innert angesetzter Frist einen Prozessvertreter bestellt und dem Bezirksgericht Horgen eine rechtsgenügende Prozessvollmacht eingereicht hat (act. 3/1, Dispo.-Ziff. 2), stellt keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil für den Beklagten dar, selbst wenn er selber die Prozessvollmacht als rechtsungültig qualifiziert. Das Bezirksgericht Zürich, an welches der Prozess überwiesen wurde, wird im durchzuführenden Verfahren selber die Prozessvoraussetzungen und damit auch die Bevollmächtigung des Rechtsvertreters von Amtes wegen zu prüfen haben, und ein diesbezüglicher Entscheid wird separat oder mit dem Endentscheid anfechtbar sein. Was die Überweisung des Verfahrens an sich betrifft, kann ebenfalls nicht von einem nicht wiedergutzumachenden Nachteil gesprochen werden. Der Umstand, dass bei einer Überweisung die Rechtshängigkeit erhalten bleibt (§ 112 Abs. 3 ZPO), hat vorliegend keine Bedeutung, da keine Verwirkungsfrist und damit kein Rechtsverlust in Frage steht. Der Kläger könnte den Prozess auch ohne Überweisung erneut beim seiner Ansicht nach zuständigen Gericht anhängig machen. Auf die eventuell erhobene Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

3.5. Die Vorinstanz ist auf das Verfahren nicht eingetreten (Disp. Ziff. 3). Sie hat die im zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensvertrag vom 10. Oktober 2007 enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung (act. 6/2/4/1) nach der Bestimmung von Art. 17 LugÜ geprüft und als wirksam befunden und erwogen, aufgrund der seitens des Klägers angerufenen Gerichtsstandsvereinbarung sei das Bezirksgericht Horgen unzuständig. Eine mögliche Einlassung des Beklagten sei nicht abzuwarten, zumal der Antrag auf Überweisung vom Kläger selbst gestellt worden sei, noch bevor sich die Parteien zur Sache selbst hätten äussern können. Das

Abwarten eines möglichen Verfahrens betreffend die Zuständigkeit sei vom Kläger nicht zu verlangen (act. 3/1 S. 3 f.). Dies blieb seitens des Beklagten unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen.

3.5.1. Der Beklagte verlangt im Rechtsmittelverfahren im Rahmen der Anfechtung von Disp. Ziff. 4 (Prozessüberweisung) des vorinstanzlichen Entscheids, auf die Klage sei nicht einzutreten, weil die Prozessvollmacht des Klägers als rechtsungültig zu qualifizieren sei. Selbst wenn damit sinngemäss Disp. Ziff. 3 (Nichteintretensentscheid) des vorinstanzlichen Entscheids angefochten werden wollte, stellte sich die Frage, ob dafür überhaupt ein Rechtsschutzinteresse gegeben wäre (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Im Rechtsmittelverfahren entspricht das Rechtsschutzinteresse der Beschwer. Der Rechtsmittelkläger muss durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein und damit ein Interesse an dessen Abänderung haben. Ansonsten wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 14; Boris Müller, Dike-Kommentar, Art. 59 N 132 [online-Stand 8. Dezember 2010]; Hungerbühler, Dike-Kommentar, Art. 312 N 109 [online-Stand 9. November 2010]). Für die Frage der Beschwer fallen nur die Bestimmungen des Dispositivs in Betracht, nicht auch die Erwägungen (Vogel/Spühler/Gehri, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Kap. 13 Rz 59; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 25 Rz 28).

3.5.2. Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz gemäss Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides entspricht dem Nichteintretensantrag des Beklagten, weshalb es ihm diesbezüglich an der formellen Beschwer fehlte. Fehlende formelle Beschwer schliesst gewöhnlich die materielle Beschwer und damit die Möglichkeit zur Ergreifung des Rechtsmittels aus (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 14; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, § 25 Rz 29). Eine Ausnahme davon wäre vorliegend schon deshalb nicht gegeben, weil der Beklagte durch den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz in seiner Rechtsstellung nicht beeinträchtigt wird. Gleichviel ob mangels örtlicher Zuständigkeit oder rechtsungültiger Prozessvollmacht auf den Prozess nicht eingetreten wird, ist das Verfahren für den Beklagten vor Vorinstanz erledigt. Das



Bezirksgericht Zürich, an welches das Verfahren überwiesen wurde, wird sodann so oder so selber zu prüfen haben, ob die Prozessvoraussetzungen in seinem Verfahren gegeben sind. Nur der Vollständigkeit halber kann schliesslich festgehalten werden, dass die Reihenfolge der Prüfung der Prozessvoraussetzungen zwar grundsätzlich frei ist, allerdings mit Ausnahmen: so soll die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts an erster Stelle zu prüfen sein (Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, § 30 Rz 366; KUKO ZPO-Domej, Art. 59 N 9).

3.5.3. Nach dem Gesagten wäre mangels Beschwer auch auf eine sinngemässe Berufung gegen den Nichteintretensentscheid nicht einzutreten. Auf die diesbezüglichen weiteren Vorbringen des Beklagten brauchte daher auch nicht weiter eingegangen zu werden.

3.6. Soweit der Beklagte den vorinstanzlichen Entscheid bezüglich Prozessentschädigung anfecht (Disp. Ziff. 7), hat dies im Rahmen einer Beschwerde zu erfolgen. Der Kostenentscheid kann auf kantonaler Ebene in allen seinen Teilen mit der Sache selbst angefochten werden, d.h. mit Berufung, sofern die Hauptsache berufungsfähig ist. Ist der Entscheid in der Hauptsache selbst nur beschwerdefähig, kann auch bezüglich des Kostenentscheids nur Beschwerde geführt werden. Selbständige Anfechtung des Kostenentscheides ist immer nur mit Beschwerde möglich (KUKO ZPO-Schmid, Art. 110 N 2 ff.; Art. 110 ZPO). Vorliegend wäre der Nichteintretensentscheid (Disp. Ziff. 3) der Vorinstanz zwar berufungsfähig, dieser wurde indes nicht angefochten. Die weiteren angefochtenen Anordnungen (Disp. Ziff. 2 und 4) sind hingegen nur beschwerdefähig. Entsprechend ist vorliegend die angefochtene Prozessentschädigung im Rahmen einer Beschwerde zu prüfen. Diesbezüglich ist der Beklagte auch beschwert, weshalb auf das Rechtsmittel insoweit einzutreten ist.

#### 4. Prozessuales

4.1. Der Beklagte beantragt in prozessualer Hinsicht, der Kläger sei zu verpflichten, eine Prozessvollmacht einzureichen, welche von der Schweizer Aussenvertretung im Iran beglaubigt sei. Ausserdem sei der Kläger aufzufordern, seine voll-

ständigen Personalien (Geburtsdatum, Wohnadresse) bekanntzugeben (act. 2 S. 3). Dies erübrigt sich vorliegend, da in der Sache auf das Rechtsmittel sofort nicht einzutreten ist. Was die Personalien betrifft, ist das Geburtsdatum des Klägers im Rubrum ohnehin bereits erfasst. Die Adresse des Klägers im Iran fehlt zwar. Die Identität des Klägers ist jedoch nicht zweifelhaft (nur die Vollmachtserteilung), und die Gerichtskosten sind aufgrund der geleisteten Kautions bereits gedeckt. Auf die Einholung einer Prozessvollmacht des Rechtsmittelbeklagten kann verzichtet werden, weil die Beschwerde ohne dessen Anhörung sofort abzuweisen ist, soweit überhaupt auf sie eingetreten wird. Festzuhalten bleibt erneut, dass das mit der Sache befasste Gericht (Bezirksgericht Zürich) die Prozessvoraussetzungen (und so auch die Bevollmächtigung) zu prüfen haben wird.

4.2. Der Beklagte hält dafür, es sei vom ursprünglichen Streitwert von Fr. 10'000.-- auszugehen. Laut schriftlichem Sühnbegehren vom 4. Oktober 2010 belaufe sich der Streitwert auf Fr. 10'000.-- (act. 3/2 = act. 6/2/2). Diese Forderung sei offenbar an der Sühnverhandlung auf Fr. 110'000.-- erhöht worden, jedoch ohne dass sich der Beklagte hiezu äussern können. Er habe von seinem Recht auf schriftliche Stellungnahme zum Sühnbegehren Gebrauch gemacht und sich mit der betreffenden Eingabe rechtzeitig von der Sühnverhandlung abgemeldet. Von der Änderung des Klagebegehrens habe er erst aus der Verfügung der Vorinstanz vom 23. November 2010 erfahren (act. 2 S. 3).

Das Begehren des Klägers um Durchführung der Sühnverhandlung konnte nach dem diesbezüglich noch anwendbaren kantonalen Verfahrensrecht mündlich oder schriftlich gestellt werden und musste nicht schon von Anfang an in endgültiger Formulierung vorliegen. Eine bestimmte Klagesumme brauchte noch nicht genannt zu werden (§§ 94 Abs. 1 und 98 Abs. 2 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, ZPO § 94 N 2). Gemäss Vermerk in der Weisung ist der Beklagte ferner trotz Vorladung zur Sühnverhandlung unentschuldigt nicht erschienen (act. 6/2/1). Zwar darf sich, wer sich - wie vorliegend - vor dem Friedensrichter vertreten lassen darf (§ 31 ZPO), statt dessen rechtzeitig vor der Sühnverhandlung in einer schriftlichen Eingabe äussern (§ 94 Abs. 2 ZPO/ZH). Diese ist entsprechend § 31 Abs. 3 ZPO/ZH so frühzeitig einzureichen, dass der Friedensrichter die Gegenpartei vor

der Verhandlung benachrichtigen kann (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, § 94 N 6). Die Sühnverhandlung fand am 3. November 2010 statt. Die Stellungnahme des Beklagten an das Friedensrichteramt (act. 6/2/4/5) datiert vom 1. November 2010. Wann sie zur Post gegeben wurde, ergibt sich nicht aus den Akten. Offenbar traf sie - entsprechend dem Vermerk des unentschuldigten Fernbleibens in der Weisung - nicht (rechtzeitig) vor der anberaumten Sühnverhandlung beim Friedensrichter ein. Entsprechend diesen Ausführungen ist der Streitwert gemäss Weisung massgebend.

## 5. Prozessentschädigung

5.1. Der Beklagte hält dafür, es sei - auch wenn dem Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren nicht stattgegeben werde - für das vorinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung festzusetzen (act. 2 S. 8). Die Vorinstanz hat dem Beklagten keine Prozessentschädigung zugesprochen. Im Zusammenhang mit der Frage der Zuständigkeit sowie der Prozessüberweisung seien ihm keine Auslagen entstanden. Über eine Entschädigung für allgemeine durch das Forderungsverfahren bisher bereits entstandene und zukünftig noch entstehende Auslagen werde das Bezirksgericht Zürich zu entscheiden haben (act. 3/1 S. 5). Der Beklagte trägt vor, ihm seien bereits einige Aufwendungen entstanden, indem sich seine Vertreterin von ihm habe instruieren lassen und sich in die Akten eingearbeitet habe. Zur Beschleunigung des Verfahrens sei das Gericht nach Einsicht in die Kopien der fraglichen Vollmachtsdokumente ferner umgehend von den Bedenken des Beklagten in Kenntnis gesetzt worden (act. 2 S. 9).

5.2. Der Beklagte setzt sich mit der Begründung der Vorinstanz nicht auseinander. Sie hat auf die Zusprechung einer Prozessentschädigung bezüglich ihres Verfahrens verzichtet, weil dem Beklagten diesbezüglich, d.h. bezüglich Zuständigkeit und Prozessüberweisung, keine Aufwendungen entstanden seien. Etwas anderes behauptet auch der Beklagte nicht. Über weitere bereits entstandene und noch entstehende Aufwendungen betreffend das Forderungsverfahren werde das zuständige Gericht zu entscheiden haben. Dies ist sachgerecht und nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beklagte für das Rechtsmittelverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten richten sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (LS 211.11) und werden mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Mangels Umtrieben ist dem Kläger keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass der Beschluss des Bezirksgerichts Horgen vom 20. Januar 2011 in den Dispositiv-Ziffern 1, 3, 5 und 6 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Auf die Berufung bzw. eventuelle Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 2 und 4 des angefochtenen Entscheides wird nicht eingetreten.
3. Die Berufung bzw. eventuelle Beschwerde gegen Dispositiv-Ziffer 7 des angefochtenen Entscheides (Prozessentschädigung) wird abgewiesen.
4. Die Gerichtskosten werden auf Fr. 3'050.-- festgesetzt.
5. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet.
6. Dem Kläger wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage von act. 2, an das Bezirksgericht Horgen sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 110'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Zürich, 3. März 2011

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

OR lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. D. Tolic

versandt am: